Die Haftung für den Boten im Bürgerlichen Gesetzbuch

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Gerhard Kern
Referendar

1930

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen K.-G. Ohlau i. Schl.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Schott

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546319_0141

Inhaltsverzeichnis

Seite

A. Einleitung 1

B. Ausführung 1

I. Der Bote im Tatbestande einer Willenserklärung 1

a. Die systematische Stellungnahme des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Boten 1

b. Bote und Stellvertreter 2

1. Im römischen Recht 2

2. Im gemeinen Recht 3

aa. Savigny's Lehre 3

bb. Die Repräsentationstheorie 4

cc) Mitteis' vermittelnde Lehre 4

3. Im BGB. 4

c. Der Empfangsbote 6

II. Die unrichtige Uebermittelung des rechtsgeschäftlichen Willens des Auftraggebers durch den Boten gemäß § 120 BGB., Klarlegung und Abgrenzung des Tatbestandes 7

a. Das Fehlen einer genauen Darlegung und Abgrenzung des Tatbestandes im § 120 BGB. 7

b. Bewußt und unbewußt unrichtige Uebermittelung 8

1. Die Entstehungsgeschichte des § 120 BGB. 8

2. Das Verhältnis von § 120 zu § 119 BGB. 10

3. Die mit der Verwendung eines Boten verbundenen Gefahren 12

c. Unrichtige Uebermittelung und Abgabe einer neuen, völlig verschiedenen Erklärung 14

d. Uebermittelung an einen falschen Adressaten 15

III. Die rechtlichen Folgen der unrichtigen Uebermittelung . . . 17

a. Die Anfechtbarkeit der unrichtig übermittelten Erklärung nach § 120 BGB. 17

b. Der Schadensersatzanspruch des Erklärungsempfängers gegen den anfechtenden Absender aus § 122 BGB. 17

1. Seine rechtliche Natur 17

2. Der Kausalzusammenhang 19

aa. Die Vermögensdisposition des Geschädigten selbst stets erst als Ursache des Vertrauensschadens 19

bb. Die Ursache im Rechtssinne in Literatur und Praxis . . 20
aaa) Die Träger'sche Formel 20
bbb. Weite Fassung auch des rechtlichen Ursachenbegriffs 21
cc. Der adäquate Kausalzusammenhang im Falle des Unterganges der vom Verkäufer auf Grund der unrichtig übermittelten Bestellung zum Zwecke der Leistung herausgegebenen Ware
aaa. Die durch die Herausgabe erhöhte Gefahr des Untergangs der Ware 23
bbb. Der zufällige Untergang der Ware 23
ccc. Die Möglichkeit des Untergangs der Ware auch ohne die Herausgabe 24
3. Die Haftung des anfechtenden Käufers auch für den zufälligen Untergang der bereits geleisteten oder zum Zwecke der Leistung abgesandten Kaufsache 25
c. Deliktische Schadensersatzansprüche des Erklärungsempfängers gegen den Absender des Boten, insbesondere aus § 831 BGB. . 26
d. Die Haftung des Boten 29
IV. Der Bote ohne Auftrag 29
a. Botenauftrag und Vertreterbevollmächtigung 29
b. Verschiedene rechtliche Behandlung des falsus nuntius und falsus procurator 31
c. Das Unterscheidungsmerkmal 32
C. *Schluß* 33

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

Aßmann, Ernst: Der Bote. Jena. Diss. Jena 1906.

Busch, Erler, Lobe, Michaelis, Oegg, Sayn, Schliewen u. Seyffarth: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Bd. I, 6. Aufl. Berlin, Leipzig 1928.

Buchka: Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, historisch und dogmatisch dargestellt. Rostock. 1852.

Cohn, Ernst: Der Empfangsbote, Breslauer Diss. Breslau, 1927.

Cosack, Konrad, u. Mitteis, Heinrich: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 8. Aufl. Jena 1927.

Deutsche Juristenzeitung, 1928.

Enneccerus, Kipp, Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1. Abtlg. 30.—34. Aufl. Marburg 1928.

Fleck: Der Bote. Arch. f. Bürg. R. 15/337 ff.

Franke, Herrmann: Die unrichtige Uebermittelung von Bote-nerklärungen. Heidelberg. Diss. Berlin 1908.

Fromm: Der Bote. Erlanger Dissertation, Berlin 1908.

Goldmann, E. u. Lilienthal, L.: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I, 2. Aufl. Berlin 1903.

Hepner, Heinrich: Der Bote ohne Ermächtigung. Erlanger Dissertation, Gräfen-Hainichen 1908.

Hupka, Josef: Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. Leipzig. 1903.

Josef, Eugen: Die unrichtige Uebermittelung einer Willenserklärung durch die Mittelsperson, Zeitschr. für Rechtspflege in Bayern. 05/402.

— Ueberschreitung der Vollmacht und unrichtige Uebermittelung der Erklärung, insbesondere bei Kauf auf Borg statt Barkaufs. Gruchots Beitr. 51/278 ff.

v. Ihering: Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. I, Jena 1857. S. 277 ff.

Juristische Wochenschrift, herausgegeben vom Deutschen Anwaltsverein Berlin später Leipzig 1872 ff.

Jüngling, Kurt: Zur Lehre vom Boten und Stellvertreter. Greifswalder Diss. Breslau 1906.
Kipp: Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht. In der Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts. 2. Bd. Berlin u. Leipzig 1929.
Kolping, Otto: Bote, Stellvertreter ein Vergleich. Erlanger Diss. 1912. Borna, Leipzig 1913.
Kries I. v.: Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit. 1888. In Vierteljahrsschrift für wissenschaftl. Philosophie12/179 ff.
Krückmann: Die Ermächtigung und der Rechtsbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In der Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts. Bd. III, Berlin und Leipzig 1929.
Lehmann, Heinrich: Stellvertretung. Im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Herausgegeben von Stier-Somlo und Elster. Bd. 5, S. 699.
Manigk, Alfred: Irrtum und Auslegung. Berlin 1918.
— Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
Mihurko, Max: Verursachung, Begünstigung, Rechtswidrigkeit. In Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von C. S. Grünhut. 42. Bd. S. 311 ff. Wien 1916.
Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung. Wien 1885.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. I, Berlin u. Leipzig 1888.
Mugdan: Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1899.
Oertmann, Paul: Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch. Allg. Teil, 3. Aufl. Berlin 1927.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I; IV. Aufl. Berlin 1913.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I, Berlin 1897.
Rümelin, Max: Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- u. Zivilrecht. Im Arch. f. d. ziv. Pr. 90. Bd. S. 171 ff., Tübingen 1900.
Rosenberg, Leo: Stellvertretung im Prozeß. Berlin 1908.
v. Savigny: Das Obligationsrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. Berlin 1853.

Schloßmann: Lehre von der Stellvertretung. 1900 und 1902.
Soergel, Hs. Th.: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. I, 3. Aufl. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1926.
Staffel: Zur Fortbildung der Lehre von der adäquaten Verursachung. In Gruchots Beitr. Bd. 65, S. 418.
Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. u. 13. Aufl. Berlin u. Leipzig 1926.
Staudinger, I. v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. Bd. I, 9. Aufl. München, Berlin, Leipzig 1925.
Titze, Heinrich: Irrtum. Im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. v. Stier-Somlo u. Elster. Bd. III, S. 373, Berlin und Leipzig 1928.
v. Thur, Andreas: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II, 2. Hälfte. München und Leipzig 1918.
Träger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1904.
Warneyer's Rechtsprechung des Reichsgerichts, früher: Jahrbuch der Entscheidungen, Leipzig 1908 ff.
Warneyer, Otto: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Tübingen 1927.

A. Einleitung.

Die Rechtstellung des Boten ist ein in der juristischen Literatur derartig oft und reichlich behandeltes Thema, daß der letzte Verfasser in einer langen Reihe von Schriften über die rechtliche Natur des Boten[1] es seinen Lesern nicht vorenthalten zu dürfen glaubt, wenn Rosenberg schon im Jahre 1908 in seinem umfassenden Werke „Stellvertretung im Prozesse" sich zu der Bemerkung veranlaßt fühlte:

> „Man möchte fast ein laudator temporis acti werden und jene Zeit zurücksehnen, die Savigny tadeln zu müssen glaubt, indem er sich beklagt, über die geringschätzige Art, womit sie überall den nuntius nur beiläufig erwähnen."[2]

Und trotzdem kann man nicht behaupten, daß der Fall des unrichtig übermittelnden Boten, wie ihn das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 120—122 im Auge hat, einheitlich und nach allen Richtungen hin geklärt und abgegrenzt ist. So wird beispielsweise die wichtige Frage, ob der Fall des § 120 auch dann gegeben ist, wenn der Bote die Bestellung bewußt unrichtig ausführt, in den Kommentaren und Lehrbüchern ohne jede nähere Begründung und ohne Berücksichtigung der Entstehung des § 120 BGB. bald bejaht und bald verneint. Hier möglichste Klarheit zu schaffen, soll Aufgabe der folgenden Abhandlung sein.

I. Teil.

Der Bote im Tatbestande einer Willenserklärung.

a) Die systematische Stellungnahme des BGB. zum Boten.

Dem Boten, dessen Tätigwerden hier erörtert werden soll, sind vom Gesetze nur wenige Bestimmungen gewidmet worden; ausschließlich beschäftigt sich mit der Botentätigkeit überhaupt nur § 120 BGB., wo wir nicht einmal den Ausdruck „Bote" finden. Dieser ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nur an einer für

1) Kolping S. 1.
2) Rosenberg S. 175.

die Behandlung der Verkehrseinrichtung des Boten gänzlich unbeachtlichen Stelle gebraucht (§ 196 Ziff. 3 BGB.). Der Gesetzgeber erledigt das Kapitel „Bote" unter dem Abschnitt Willenserklärung in § 120:

> Eine Willenserklärung, welche durch die zur Uebermittelung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist, kann unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden, wie nach § 119 eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung.

Es muß hier auffallen, daß es dem Gesetzgeber in erster Linie darauf anzukommen scheint, daß eine Willenserklärung unrichtig übermittelt worden ist, daß also das, was erklärt wurde, nicht dem der Erklärung zugrunde liegenden Geschäftswillen entsprach; die zur Uebermittelung verwendete Person tritt hinter der im Vordergrund stehenden Divergenz von Wille und Erklärung zurück, wie schon die Gleichstellung mit der zur Uebermittelung verwendeten Anstalt zeigt. Der Bote spielt eben rechtlich nur als die zur Uebermittelung einer Willenserklärung verwendete Person eine Rolle, nicht das Wirken des Boten als solches interessiert den Gesetzgeber, sondern nur die Botentätigkeit im Tatbestande einer Willenserklärung. Daher handelt das Gesetz in § 120 BGB. auch nicht von den Wirkungen der Botentätigkeit in der Person des Boten, sondern in der Person seines Auftraggebers, des Absenders der Willenserklärung oder des Erklärungsempfängers.

b) Bote und Stellvertreter.

1. Im römischen Recht.

Um diese Regelung des Kapitels „Bote" ganz zu verstehen, muß man sich klar machen, daß der § 120 der gesetzliche Niederschlag der im gemeinen Recht vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs herrschenden Meinung über die rechtliche Würdigung der Tätigkeit des Boten ist. Die Juristen nämlich haben sich erst von dem Momente ab systematisch mit der Verkehrseinrichtung des Boten beschäftigt, als das Institut der direkten Stellvertretung regelrecht ausgebildet wurde, und das war im gemeinen Recht. Hier entstand allmählich aus einem allgemeinen Bedürfnis des rechtsgeschäftlichen Verkehrs heraus im bewußten und gewollten Gegensatz zum Stellvertreter ein selbständiger, juuristischer Begriff des Boten, der dem römischen Recht noch fremd war.

Die Römer kannten die direkte Stellvertretung als besonderes Rechtsinstitut im Verkehrsrecht nicht.[1] Eben darum sind sie auch nicht zu einer juristischen Ausprägung des Botenbegriffs im oben erwähnten Sinne gekommen. Zwei Einrichtungen des eigenartigen wirtschaftlichen und sozialen Lebens im alten Rom, dem Sklaventum und dem Institut der Hauskinder ist es vor allem zuzuschreiben, daß damals ein praktisches Bedürfnis für die Ausbildung eines besonderen Rechtsinstituts der direkten Stellvertretung einerseits und eines davon wesensverschiedenen Botenbegriffs andererseits nicht bestand.[2] Aus diesem Grunde halte ich es für verfehlt, wenn an Hand einiger Quellenstellen verschiedentlich[3] der Versuch gemacht worden ist, in dem nuntius des römischen Rechts eine Analogie für den Boten des heutigen Rechts zu finden.

2. Im gemeinen Recht.

Erst im gemeinen Recht hat sich dann in dem Maße, wie sich der Begriff der Stellvertretung entwickelte, die Rechtsstellung des Boten herausgeschält. Zwei große Theorien stehen einander hier im Kampfe um die Konstruktion der direkten Stellvertretung gegenüber, die von Savigny[4] vertretene Geschäftsherrentheorie, auch Selbsthandelstheorie genannt, und die von Buchka[5] aufgestellte Repräsentationstheorie.

Von Savigny sah als eigentliche Geschäftspartei, als im Rechtssinne handelnd, nur den Vertretenen an und stellte sich den Vertreter als sein bloßes Organ vor. Er ging dabei von dem unbestrittenen Begriff des Boten aus und suchte die dort unangefochtene Feststellung, der Geschäftsherr kontrahiere durch den Boten und dieser sei nur der Träger seines Willens, zur Stütze seiner Meinung zu verwenden. Für Savigny ist auch der Stellvertreter ein Bote und zwar ein Bote, dem hinsichtlich des Geschäftsinhalts ein erweiterter Spielraum gelassen ist. Er gibt auch dem Boten Wahlbefugnis und geht in seinem Beispiel vom Pferdekauf sogar soweit, seinem Boten sowohl die Wahl zu lassen, das passendste Pferd auszusuchen, als auch den Preis zu bestimmen. Daher ist es nach ihm unmöglich, eine

---

1) C. 4, 27,1 pr.: Per liberam personam nihil adquiri posse; 1. 6 C. 4,50 Emti actionem nec illi nec tibi quaesisti, dum tibi non vis nec illi potes.
2) Kolping S. 5.
3) So Aßmann S. 5—14, Franke S. 16.
4) Obligationenrecht, Bd. 2, S. 18 ff.; S. 54 ff.
5) Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen.

scharfe Grenze zu ziehen und auch kein innerer Grund für den Einfluß einer solchen Grenze vorhanden.

Die Repräsentationstheorie sah umgekehrt den Vertreter als den an, der das Rechtsgeschäft abschließt — mit der Folge, daß die Wirkungen kraft gesetzlicher Vorschrift in der Person des Vertretenen eintreten. Sie bestimmte deshalb die Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts aus der Person des Vertreters. Sie wandte sich demgemäß auch gegen die gegnerische Gleichstellung von Stellvertreter und Boten im Sinne Savignys und kennzeichnete ihrerseits die Stellvertretung als eine Vertretung im Willen, den Boten dagegen als lediglich passives Werkzeug zur Uebermittelung einer Willenserklärung.[6]

Die zwischen der Savigny'schen Selbsthandelstheorie und der Repräsentationstheorie vermittelnde Lehre von Mitteis[7] versuchte die Wirkungen der direkten Stellvertretung aus einem Zusammenhandeln des Vertreters und des Vertretenen bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts zu erklären und bestimmte deshalb die Voraussetzungen teils nach der Person des Vertreters, teils nach der Person des Vertretenen, je nach dem Maße ihrer Beteiligung. Mitteis bezeichnet den Boten als „besondere Spezies" des genus Stellvertreter. Der Bote ist nach ihm das scharf zu markierende Ende einer langen Reihe von Stellvertretern mit immer abnehmender Bedeutung. Bei der Botenschaft habe der Wille des Mittlers keinen Einfluß auf das Rechtsgeschäft, sei vielmehr auf Null reduziert.[8]

3. Im BGB.

Von den genannten Theorien hat dann schließlich die Repräsentationstheorie, welche die herrschende war, den endgültigen Sieg dadurch davongetragen, daß sie im Bürgerlichen Gesetzbuch in dem Abschnitt über Vertretung und Vollmacht (§§ 164 ff. vgl. insbesondere § 166 Abs. I) ihre gesetzliche Bestätigung gefunden hat. Und auch die begriffliche Trennung von Stellvertreter und Boten im Sinne der Repräsentationstheorie hat sich das Bürgerliche Gesetzbuch zu eigen gemacht. Schon rein äußerlich zeigt sich das darin, daß das Institut der Stellvertretung und nur dieses in den §§ 164 ff. BGB., in einem besonderen Titel behandelt wird, während die Lehre vom Boten

6) Fleck, Arch.Bürg.R. 15/338.
7) Die Lehre von der Stellvertretung.
8) Kolping S. 8.

in dem in einem anderen Titel gänzlich getrennt stehenden § 120 BGB. erledigt wird.[9] Und dann: Der Stellvertretung widmet der Gesetzgeber einen ganzen Abschnitt für sich allein, die Botenschaft wird nebenbei unter dem Kapitel „Willenserklärung" miterwähnt. Am meisten jedoch beweist die Regelung des § 120 BGB. selbst, daß auch das Gesetz in dem Boten „ein lediglich passives Werkzeug zur Uebermittelung einer Willenserklärung"[10] sieht ganz im Gegensatz zu dem selbst einen rechtsgeschäftlichen Willen bildenden Stellvertreter. § 120 BGB. bestimmt, daß die durch den Boten unrichtig übermittelte Erklärung angefochten werden kann; daraus folgt, daß der Auftraggeber des Boten, solange er nicht anficht, gemäß dem von dem Boten übermittelten Wortlaut haftet. Die Erklärung der von ihm zur Uebermittelung seines Geschäftswillens verwendeten Person gegenüber dem Dritten gilt als von ihm selbst abgegeben, der Bote ist in den Augen des Gesetzes nur sein „kommunikatives Instrument und bleibt dem Rechtsgeschäft völlig fremd".[11] So nur erklärt sich diese Haftung des Auftraggebers aus § 120 BGB. Die durch die Mittelperson unrichtig übermittelte Willenserklärung wird ja auch einer von dem Geschäftsherrn selbst gemäß § 119 BGB. irrtümlich abgegebenen Erklärung rechtlich vollkommen gleichgestellt. Dem § 120 BGB. liegt eben eine Fiktion zugrunde, welche in den Worten der Motive zum Ausdruck kommt, der Geschäftsherr müsse sich behandeln lassen, als habe er selbst seinen Willen nicht zum entsprechenden Ausdruck gebracht.[12]

Bei dieser klaren Sprache des Gesetzes ist es meines Erachtens unmöglich, mit Rosenberg zu einer Verwerfung des begrifflichen Unterschiedes von Bote und Stellvertreter zu gelangen,[13] den Boten für einen Vertreter zu halten[14] und sowohl die Vorschriften über Stellvertretung (§ 164 ff. BGB.) auf den Boten,[15] als auch den § 120 BGB. auf den Stellvertreter[16] anzuwenden. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß Rosenberg, der in seiner Beweisführung zwar sehr temperamentvoll, aber keineswegs überzeugend wirkt, geradezu dem Ge-

9) Franke S. 16.
10) Vgl. Fußnote 6 auf S. 4 dieser Arbeit.
11) Von Ihering Jahrb. f. Dogmatik, Bd. I, S. 279.
12) Motive I S. 203,
13) Rosenberg S. 177 ff. Vgl. auch Schloßmann, Lehre von der Stellvertretung I. Bd. S. 52 ff. und 304 ff., dem Rosenberg im Wesentlichen gefolgt ist.
14) Rosenberg S. 210 ff.
15) Rosenberg S. 228 ff.
16) Rosenberg S. 293.

setze Gewalt antut. Er ist infolgedessen auch mit seiner Ansicht alleinstehend geblieben.

c) Der Empfangsbote.

Wir haben im Vorhergehenden die zur Uebermittelung einer Willenserklärung verwendete Person des § 120 BGB. als bloßes Willenskundgebungsorgan ihres Auftraggebers kennen gelernt, als Mund des Herrn. Wenn ein Kaufmann seinen Lehrling zu einem Geschäftsfreunde schickt mit der Weisung, diesem mündlich eine Offerte zu überbringen, so wird niemand zweifeln, daß der Lehrilng als ein solches Willenskundgebungsorgan seines Chefs, als dessen Bote gemäß § 120 BGB. anzusehen ist.

„Wie aber, wenn der Geschäftsfreund seinerseits einen Lehrling zu dem Kaufmann schickt mit der Bitte, dieser möge dem Lehrling mündlich die Offerte zur Ausrichtung an ihn übergeben?“[17]

In diesem Falle ist der Lehrling nicht der Mund, sondern das Ohr seines Herrn, er wird dem Dritten gegenüber nicht zur Uebermittelung, sondern zum Empfang einer Willenserklärung verwendet, er ist nicht Erklärungsbote im Sinne des § 120 BGB., sondern fällt unter den in der Literatur aufgestellten, besonderen Begriff des Empfangsboten.

Manche wollen allerdings trotz des offensichtlichen Unterschieds der beiden oben angeführten Tatbestände auch im Falle 2 den § 120 anwenden, indem sie den Lehrling dann als Boten des Erklärenden, des antwortenden Kaufmanns ansehen. Cohn ist beizustimmen, wenn er dagegen einwendet, daß der Fall des Empfangsboten von dem Tatbestande des § 120 BGB. doch dadurch abweicht, daß die Mittelsperson nicht auf Weisung des Erklärenden, sondern mindestens auch auf Weisung des Erklärungsempfängers tätig wurde. Daß dieser Umstand rechtlich unerheblich sein sollte, wie es die Botentheorie annimmt, erscheint von vornherein unwahrscheinlich.[18]

Hellwig u. a. machen jede Mittelsperson, die zum Empfange von Willenserklärungen ermächtigt ist, zum Stellvertreter des Erklärungsempfängers; fehlt eine solche Ermächtigung, so ist die Mittelsperson nach ihnen Bote des Erklärenden.[19] Der Geschäftsfreund aber, um bei obigem Beispiel zu

17) Cohn S. 1.
18) Cohn S. 8.
19) Hellwig, Lbch. des Zivilprozeßrechts, Bd. II S. 355; JW. 1905 S. 357 ff.;

bleiben, denkt nicht im mindesten daran, den Lehrling zu seinem Vertreter zu machen und ihm dadurch irgendwelchen Einfluß auf die Gestaltung des abzuschließenden Rechtsgeschäfts einzuräumen, wenn er ihn zu dem Kaufmann schickt mit der Weisung, dessen Offerten einzuholen.[20]

Die herrschende Ansicht über den Empfangsboten ist wohl die hier anfangs angeführte, daß er nicht der Regelung des § 120 BGB. unterfällt, sondern eine besondere Rechtsfigur darstellt,[21] auf die des näheren einzugehen nicht im Rahmen dieser Arbeit liegt.

Die bisherigen Untersuchungen haben, noch einmal kurz zusammengefaßt, folgendes gezeigt: Das geltende Recht kennt einen Unterschied zwischen Botentätigkeit und Stellvertretung. Für diese gilt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Repräsentationstheorie, für jene die Geschäftsherrentheorie, d. h. der Stellvertreter ist ein besonders ausgebildetes Rechtsinstitut, der Bote dagegen ist nur Willenskundgebungsorgan des Geschäftsherrn im Tatbestande einer Willenserklärung.

II. Teil.

Die unrichtige Uebermittelung des rechtsgeschäftlichen Willens des Auftraggebers durch den Boten gemäß § 120 BGB, Klarlegung und Abgrenzung des Tatbestandes.

a. Das Fehlen einer genauen Darlegung und Abgrenzung des Tatbestandes im § 120 BGB.

„Eine Willenserklärung ist eine Aeußerung, deren sich eine Person zum Zwecke der Kundgebung eines Geschäftswillens bedient."[1]

Bedient sich eine Person (etwa bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung) aus irgendwelchen, hier nicht interessierenden Gründen zum Zwecke der Kundgebung ihres Ge-

---

Franke S. 31; Rosenberg S. 222 ff.
20) Ebenso Cohn S. 8.
21) Cohn S. 11, 12.
1) Manigk, Willenserklärung, III. Kap. § 24, S. 190, 191.

schäftswillens (an den Adressaten) nicht eigener Worte, sondern einer Mittelperson, so ist diese, wie in Vorhergehenden gezeigt wurde, ihr Bote, die zur Uebermittelung verwendete Person des § 120 BGB. Solange demnach die Worte der Mittelperson gegenüber dem Erklärungsempfänger noch als Aeußerung angesehen werden können, deren sich der Geschäftsherr zum Zwecke der Kundgebung eines Geschäftswillens bedient, solange liegt eine rechtswirksame Willenserklärung des Geschäftsherrn vor. Daß dies nicht nur dann der Fall ist, wenn sich die Worte des Boten mit dem ihm zur Uebermittlung aufgetragenen Willen des Geschäftsherrn decken, sondern auch dann, wenn der Bote von seinem Auftrage abweicht, also unrichtig übermittelt, bestimmt § 120 BGB. Damit aber wird positiv wenig geholfen; denn genau so, wie oben gefragt wurde, wann die Worte des Boten noch als Aeußerung angesehen werden können, deren sich der Herr zu Kundgebung eines Geschäftswillens bedient, genau so entsteht jetzt die Frage, wann noch unrichtige Uebermittelung durch den Boten im Sinne des § 120 BGB. vorliegt. Dies wird auch von den Motiven zugegeben, wenn es dort heißt:

> „Wie weit der Begriff der Uebermittelung reicht, mag unter Umständen zweifelhaft sein, eignet sich aber nicht zur Entscheidung durch das Gesetz."[2]

b. Bewußt und unbewußt unrichtige Uebermittelung.

1. Die Entstehungsgeschichte des § 120.

Es ist neuerdings vielfach üblich geworden zu sagen, unrichtige Uebermittelung gemäß § 120 BGB. sei dann nicht mehr gegeben, wenn der Bote die Nachricht bewußt falsch wiedergibt.[3] Zu dieser, meines Erachtens abwegigen Ansicht kann man niemals gelangen, wenn man sich die Entstehungsgeschichte des § 120 BGB. ansieht. Den Anstoß zur Schaffung des § 120 gaben die bekannten Telegraphenprozesse. Es handelte sich da um Fälle, in den telegraphisch übermittelte Aufträge entstellt beim Adressanten anlangten („verkaufen" statt „kaufen", „20 000" statt „2 000") und in der unrichtigen Ge-

2) Motive I. 223.

3) RGRK. Bd. I Anm. 1 zu § 120 BGB. S. 169; Staudinger Bd. I Anm. 5 zu § 120 BGB. S. 493; Staub Bd. III Anmm. 32 des Anhangs zu § 361 HGB. S. 428; Oertmann Komm. zum Allg. Teil Anm. 5 zu § 120 BGB. S. 413 und die dort genannten Autoren; anscheinend auch so Soergel Bd. I Anm. 1—4 zu § 120 S. 97; ferner Hepner S. 32 Nr. 5; Josef, Gruch.Beitr. 51/279.

stalt von ihm ausgeführt wurden, worauf dann streitig wurde, ob ein Vertrag zustande gekommen sei und wer den durch das Mißverständnis entstandenen Schaden zu tragen habe. Diese Vorkommnisse veranlaßten Gebhard bei der Aufstellung des Entwurfs eines allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Jahre 1881 zu der Bestimmung des § 100: Eine Haftung des Erklärenden solle ausgeschlossen sein, wenn der Wille „durch eine von dem Erklärenden beauftragte Mittelsperson infolge von Umständen, welche außer aller Berechnung liegen, unrichtig mitgeteilt worden ist." Und man war damals durchaus der Auffassung, daß die Fälle, wo der Bote die Erklärung wissentlich falsch übermittelt, stets außer aller Berechnung lägen. Nach dem Ersten Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs spielte es für die Haftung des Auftraggebers keine Rolle, ob der Bote bewußt oder unbewußt unrichtig übermittelt hatte oder ob die unrichtige Uebermittlung durch Umstände hervorgerufen worden war, welche außer aller Berechnung lagen; es kam vielmehr einzig und allein darauf an, ob es der Auftraggeber bei der Auswahl und Beauftragung des Boten an der nötigen Sorgfalt hatte fehlen lassen (§ 101 des Ersten Entwurfs).[4] Diese Auffassung teilte die zweite Kommission nicht. Der von ihr Ende Oktober 1895 dem Bundesrat vorgelegte Zweite Entwurf schloß vielmehr in § 118 Abs. II Satz 2 die Haftung des Auftraggebers aus, „wenn die Unrichtigkeit der Uebermittelung ihren Grund in höherer Gewalt hat." Auch hier wurde bei den Beratungen in der Kommission darüber gesprochen, ob der Fall, in welchem die Mittelperson dolloser Weise ... die Willenserklärung urnichtig übermittele, unter den Begriff der höheren Gewalt zu subsumieren sei, obwohl an sich kein Grund zu einer verschiedenen Behandlung dieser Vorkommnisse bestehe.[5] Die Reichstagskommission strich indes die oben angeführte Vorschrift des § 118 Abs. II Satz 2 des Zweiten Entwurfs. In dem Kommissionsbericht über den Allgemeinen Teil, § 118 E II heißt es:

> „Es wurde beantragt, den Satz 2 des Abs. II zu streichen. Wer die Erklärung einer anderen Person empfange, so führte der Antragsteller aus, müsse, wenn diese Erklärung nicht mit dem Willen übereinstimme, in allen Fällen ein Recht auf Schadensersatz habe, auch dann, wenn

4) Mot. I, 203.
5) Protokolle I, 117.

die Unrichtigkeit der Uebermittelung ihren Grund in höherer Gewalt habe; denn für den Geschädigten sei der Grund der unrichtigen Uebermittelung vollkommen gleichgültig und die Sicherheit des Verkehrs fordere, daß dieser Fall nicht anders behandelt werde wie alle übrigen Fälle der unrichtigen Uebermittelung. Gegen den Antrag wurde geltend gemacht, daß infolge höherer Gewalt unrichtig übermittelte Willenserklärung dem Erklärenden überhaupt nicht zugerechnet werden dürfe, da sie in dieser Form von ihm nicht herrühre und ihm jede Möglichkeit fehle, die Unrichtigkeit zu verhindern. Indes wurde der Antrag angenommen".[6]

Die beim Gebhard'schen und beim Zweiten Entwurf angestellten vorerwähnten Erwägungen zeigen, daß man damals der Meinung war, „unrichtige Uebermittelung" im Sinne der in Frage stehenden Bestimmungen (§ 100 des Entwurfs von 1881, § 118 des rev. Zweiten Entwurfs, § 120 BGB.) liege auch dann vor, wenn der Bote die Erklärung des Herrn bewußt unrichtig übermittelt.[7] Dieser sinn- und zweckgemäßen Auslegung des § 120 BGB., der doch in erster Linie der Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs dienen soll,[8] wird meines Erachtens der Vorzug zu geben sein vor jener allzusehr an einem einzelnen Worte haftenden, die da meint, man könne überhaupt nicht mehr von „Uebermittelung" reden, wenn der Bote absichtlich etwas anderes ausrichte als ihm aufgetragen sei.[9]

2. Das Verhältnis von § 120 zu § 119 BGB.

Gegen die hier vertretene Ansicht werden jedoch gewisse Bedenken geltend gemacht, welche sich aus der Fassung der beiden auf einander folgenden §§ 119 und 120 ergeben sollen. So sagt Josef:[10]

„Das Gesetz kennt zwei Fälle „unrichtig" abgegebener Erklärungen; den ersteren behandelt § 119: Der Erklärende selbst hat seinen Willen erklärt, den zweiten behandelt § 120: Der Erklärende hat seinen Willen durch eine Mit-

6) Mugdan's Materialien I, S. 965.
7) Vgl. die Darstellung der Entstehungsgeschichte des § 120 BGB. von Josef bei Gruchot 51/277 ff.
8) Mugdan's Materialien I, S. 965.
9) So besonders Josef bei Gruchot 51/279, der hier seine frühere, richtige Ansicht aus Gründen ändert, die im folgenden widerlegt werden sollen.
10) a.a.O.

telsperson erklärt. Voraussetzung des ersteren Falls und hiermit der Anfechtungspflicht ist nun gerade eine irrtümlich-unrichtige Erklärung; und da nach § 120 BGB. die Vorschriften des § 119 BGB. auch auf den zweiten Fall Anwendung finden sollen, so ist hiermit zum Ausdruck gebracht, daß auch in diesem zweiten Falle eine irrtümlich-unrichtige Uebermittelung der Mittelsperson vorausgesetzt ist". Josef macht bei seiner Beweisführung den Fehler, nicht zu berücksichtigen, daß für den Boten gemäß § 120 BGB. die Geschäftsherrentheorie[11] zu gelten hat, obwohl er doch selbst sagt, im Falle des § 120 BGB. habe der Erklärende seinen Willen durch eine Mittelsperson erklärt. Nicht der Bote ist der Erklärende, sondern der Auftraggeber, der Geschäftsherr; die Mittelsperson ist nur Organ des Geschäftsherrn. Nicht also auf Willensmängel, irgenwelche Kenntnis oder Unkenntnis der Mittelsperson, sondern vielmehr des Geschäftsherrn kommt es hier an. Josef wäre also richtiger so vorgegangen: § 119 und § 120 BGB. behandeln beide die Divergenz von Willen und Erklärung. In § 119 BGB. bedient sich der Erklärende eigener Worte, um seinen Geschäftswillen rechtswirksam kundzutun, in § 120 BGB. einer Mittelsperson. § 119 BGB. regelt den Fall des Irrtums. Es wird etwas anderes erklärt, als gewollt ist; die Abweichung von Wille und Erklärung ist aber dem Erklärenden nicht bewußt. § 120 BGB. nimmt hinsichtlich seiner Voraussetzungen auf § 119 BGB. Bezug. Auch im Falle des § 120 wird etwas anderes erklärt, als gewollt ist, allerdings in anderer Weise als bei § 119, nämlich durch das Dazwischentreten der Mittelsperson. Die Abweichung von Wille und Erklärung darf demnach auch hier dem Erklärenden nicht bewußt sein. Der Erklärende ist aber nach dem Gesetze der Geschäftsherr, nicht der Bote. Der Geschäftsherr darf also nicht wissen, daß sein Bote etwas anderes ausrichtet, als er ihm aufgetragen hat. Die Person des Boten scheidet vollkommen aus. Ob er sich bewußt ist oder nicht, daß seine Worte von dem ihm zur Uebermittelung aufgetragenen Willen des Geschäftsherren abweichen, ist für die Anwendung des § 120 BGB. gleichgültig.[12]

---

11) Vgl. Teil I dieser Arbeit, insbes. S. 7.
12) So auch Planck Bd. I zu § 120 BGB. S. 293; Cosack I. Bd. S. 248 und Titze im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. 3 S. 373 Nr. 4.

3. Die mit der Verwendung eines Boten verbundenen Gefahren.

Eine der beliebtesten Erwägungen, die für die hier bekämpfte Ansicht, § 120 BGB. fordere unbewußt unrichtige Uebermittelung durch den Boten, ins Feld geführt werden, ist folgende: Niemandem wird es einfallen, mich dafür haften zu lassen, wenn ein mir fremder Mensch unter Mißbrauchs meines Namens beispielsweise bei einem meiner Freunde Geld entleiht oder bei meinem Kaufmann Waren auf meinen Kredit entnimmt und damit verschwindet. Ebensowenig darf man mich dann haftbar machen wollen, wenn mein Bote die zu übermittelnde Willenserklärung nach seinem Belieben abändert. Aehnliche Folgerungen finden sich bei Oertmann,[13] der ausführt, nach § 120 BGB. solle der Auftraggeber nur für die mit der Verwendung eines Boten verbundenen typischen Gefahren aufkommen müssen. Typisch sei nun für Boten die unbewußt unrichtige Uebermittelung infolge Irrtums, Vergessens, falsch Verstehens ihres Auftrags[14] etc. Die absichtliche Verfälschung sei jedoch keine typische Botengefahr. Sie sei nicht größer als die Gefahr, daß ein überhaupt nicht Beauftragter mit unserem Namen Mißbrauch treibt.

Diese grundsätzliche Gleichstellung der Fälle, wo sich jemand ohne jeglichen Auftrag meinerseits als mein Bote aufspielt, mit denen, wo ein von mir Beauftragter nur meine Erklärung absichtlich verfälscht, geht wohl zu weit. Zwei Beispiele mögen das klar machen:

I. Ich schicke meinen Diener zu einem guten Freunde mit dem Auftrage diesen zu bitten, mir mit 20 M. auszuhelfen. Der Diener, der die Situation ausnützen will, richtet aus, ich ließe meinen Freund um 50 M. bitten und behält die zuviel erhaltenen 30 M. für sich. 20 M. liefert er an mich ab.

II. Ein unbekannter X, der von meinem Auftrag an den Diener zufällig gehört hat und vielleicht schon lange auf eine so günstige Gelegenheit gewartet hat, geht schleunigst zu meinem Freunde, bevor der Diener sich noch auf den Weg gemacht hat, und spielt sich dort als mein Bote auf, indem er

13) Kommentar zum Allgem. Teil Anm. 5 zu § 120 BGB. S. 413.

14) Nicht zu verwechseln hiermit ist der Fall, daß der Erklärungsempfänger, der Dritte, den Boten falsch versteht. Dieser Fall unterliegt nicht dem § 120 BGB., sondern wäre bei der Lehre vom Dissens zu behandeln.

sagt, ich ließe den Freund um 50 M. bitten. Er erhält die 50 M. und verschwindet damit.

Den Freund hier im Falle I in gleicher Weise den Schaden tragen zu lassen, wie man es im Falle II unzweifelhaft wird tun müssen, indem man in beiden Fällen die Anwendung des § 120 BGB. ablehnt (von etwaigen Ansprüchen gegen den Diener bezw. X soll abgesehen werden), muß bei der Verschiedenheit der Tatbestände bedenklich erscheinen. Im Falle I kann es doch nicht ohne rechtliche Bedeutung sein, daß der Diener einen Auftrag hatte, und daß der Auftraggeber dem Diener so sein Manöver erheblich erleichtert, wenn nicht sogar ihn erst darauf gebracht hat. Die Gefahr, daß mein mit der Abholung einer gewissen Summe von mir beauftragter Diener, dem ich so geradezu die Gelegenheit zu seinem Tun an die Hand gegegeben habe, absichtlich mehr verlangt, als ich ihm auftrug, und den Ueberbetrag in seine Tasche fließen läßt, ist sicher größer, als die, daß ein Außenstehender, X, zufällig von dem Kredit erfährt, den ich bei meinem Freunde genieße, und daß er diese Kenntnis sofort ausnützend, unter Mißbrauch meines Namens von dem Freunde eine Summe erlangt und damit verschwindet. Man wird also Oertmann[15] in seiner Beweisführung nicht folgen können, wenn er von der grundsätzlichen Auffassung ausgeht, die Gefahr der absichtlichen Verfälschung der zu übermittelnden Erklärung durch den Boten sei nicht größer als die, daß ein überhaupt nicht Beauftragter mit unserem Namen Mißbrauch treibt. Ebensowenig halte ich es für richtig zu behaupten, gemäß § 120 BGB. habe der Auftraggeber nur für die mit der Verwendung eines Boten verbundenen typischen Gefahren einzustehen. Etwas derartiges steht nicht im Gesetz. § 120 legt dem Auftraggeber des Boten die Gefahr unrichtiger Uebermittelung auf, d. h. die Gefahr, daß der Bote etwas anderes bestellt, als ihm aufgetragen wurde, oder besser die durch die Verwendung eines Boten erhöhte Gefahr, daß der Wille des Geschäftsherrn nicht richtig erklärt wird. Erkläre ich meinen Geschäftswillen selbst, so gehe ich viel sicherer, daß sich Erklärung und Wille decken, als wenn ich eine Mittelsperson dazu verwende. Bei einer solchen, die an dem Geschäftsinhalt meist kein Interesse haben wird, besteht die Gefahr, daß sie aus Versehen, Nachlässigkeit etc. meinen Willen

15) a.a.O.

nicht richtig erklärt, es besteht aber auch die Gefahr, daß sie das absichtlich tut. Beides sind mit der Verwendung eines Boten verbundene Gefahren, für die ich nach § 120 BGB. einzustehen habe.

c. Unrichtige Uebermittelung und Abgabe einer neuen, völlig verschiedenen Erklärung.

Im Vorhergehenden ist versucht worden, die Ansicht zu widerlegen, daß § 120 BGB. nur bei unbewußt unrichtiger Uebermittelung durch die Mittelsperson gelte, während bei absichtlicher Abänderung der zu überbringenden Erklärung durch den Boten keine ‚unrichtige Uebermittelung" im Sinne des § 120 BGB. mehr gegeben sei. Damit ist für die Abgrenzung des Tatbestandes der unrichtigen Uebermittelung im § 120 BGB. entsprechend der Auffassung des Gesetzes vom Boten als bloßem Organ des Auftraggebers das subjektive Moment in der Person des Boten ausgeschieden. Man wird deshalb rein objektiv prüfen müssen, ob und inwieweit sich der Bote an seinen Auftrag gehalten hat. Und nur dann, wenn sich die Aeußerung des Boten gegenüber dem Dritten in keinem ihrer Bestandteile mit dem ihm erteilten Auftrage deckt, wird man sagen dürfen, es liegt keine „unrichtige Uebermittelung" mehr vor, sondern die Abgabe einer neuen, völlig verschiedenen Erklärung, der Auftraggeber kann für die Worte des Boten hier nicht mehr verantwortlich gemacht werden.[16] Fast dasselbe ist es, wenn einige Schriftsteller sagen, eine „unrichtige Uebermittelung" liege immer dann noch vor, wenn die Worte des Boten nicht einen „ganz anderen' Inhalt besäßen, als die ihm von seinem Herrn anvertraute Botschaft.[17] Für eine so weite Auslegung des § 120 BGB. spricht m. E. der Gedanke des Schutzes des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, der diesem Paragraphen hauptsächlich zugrunde liegt. Zu weit geht es aber, wenn Franke meint, unrichtige Uebermittelung gemäß § 120 BGB. liege stets vor, was auch immer der Bote ausrichten möge, wenn er überhaupt nur einen Auftrag zur Uebermittelung irgend einer Willenserklärung im Rechtssinne habe.[18] Freilich bin ich nicht gebunden, wenn ich meinen Diener zum

16) Aehnlich Rosenberg S. 295.
17) Enneccerus I. Bd. 1. Hälfte § 157 I 3 b S. 423; Titze im Hdwb. der Rechtswissenschaft. Bd. III S. 373 Nr. 4; Planck Bd. I zu § 120 S. 293; vgl. auch die Zusammenstellung bei Oertmann, Komm. z. allg. Teil Anm. 5 zu § 120 BGB. S. 413.
18) Franke S. 36.

X mit der Anfrage sende, ob X mich des Abends zu einer Tasse Tee besuchen wolle, und der Diener diese Einladung in ein von Erfolg begleitetes Darlehnsgesuch verwandelt.[19] Biete ich aber durch meinen Boten mündlich dem X mein Pferd Tell für 1200 M. zum Kauf an und der Bote bestellt, daß ich dem X dessen Kraftwagen für 9000 M. abkaufen wolle, so soll ich nach Franke[20] und Cosack[21] an letzteres Gebot gebunden sein, (wenn auch vorbehaltlich der Anfechtung). Diese Entscheidung verletzt offensichtlich unser Rechtsempfinden. Gegen sie ist mit Manigk[22] einzuwenden, daß die auf Treu und Glauben aufgebaute, das Interesse des Empfängers schützende, vorläufige Wirksamkeit des § 120 BGB. sich nur soweit rechtfertigen läßt, als die ihren anderseitigen Rechtsgrund bildende Verantwortlichkeit des Absenders des Botens billigerweise ausgedehnt zu werden vermag. Zuzugeben ist allerdings, daß die Entscheidung im Einzelfalle, ob noch „unrichtige Uebermittelung" oder schon die Abgabe einer neuen, völlig verschiedenen Erklärung vorliegt, nicht immer so leicht sein wird, wie in den oben (S. 15) angeführten Beispielen, sondern bei Grenzfällen vielfach Schwierigkeiten bereiten dürfte. Aber diese Frage ist eben einer allgemeinen Regelung nicht zugänglich.[23]

> „Der praktische Takt, eine billige, gleich und gerecht abwägende Rücksichtsnahme auf das Interesse des Dritten und des Auftraggebers des Boten wird den Richter im einzelnen Falle das Richtige finden lassen. Jede Rechtsordnung beruht auf Interessenabwägung, dies ist das Prinzip, dessen Verwirklichung auch in unserer Frage der Leitstern sein muß".[24]

d. Uebermittelung an einen falschen Adressaten.

Nicht minder häufig als der Fall, daß aus irgend einem Grunde die Botschaft in veränderter Gestalt an ihrem Ziele angelangt, mag es vorkommen, daß sie einem falschen Adressaten überbracht wird. Das will nun Franke[25] nicht als un-

19) Vgl. Titze a.a.O.
20) a.a.O.
21) Cosack u. Mitteis Bd. I S. 238.
22) Irrtum und Auslegung, 5. Kap. § 14 S. 252 Anm. 2.
23) Vgl. auch Motive I, 223.
24) So Rosenberg S. 295, der dort allerdings nicht vom „Auftraggeber des Boten" im Gegensatz zum Dritten, sondern vom „Vertretenen" spricht, weil er ja auch den Boten für einen Vertreter erklärt, was hier abgelehnt wurde.
25) S. 40/41; ebenso Josef in der Zeitschr. für Rechtspflege in Bayern. I. Jahrg. München 1905, S. 405.

richtige Uebermittelung im Sinne des § 120 BGB. ansehen. Es liegt aber gar keine Veranlassung vor, diesen Fall anders zu behandeln als die inhaltlich unrichtige Uebermittelung. Weder aus dem Gesetz, noch aus Zweckmäßigkeitsgründen wäre eine verschiedene Behandlung gerechtfertigt. Franke[26] behauptet, das Wort „unrichtig" im § 120 BGB. beziehe sich auf den Inhalt der Erklärung. Das ergebe sich aus der Stellung des § 120 BGB. im Bürgerlichen Gesetzbuch und aus der Bezugnahme in § 120 BGB. auf § 119 BGB. Genau so, wie § 119 BGB. nur vom Irrtum über den Inhalt der Erklärung spreche, genau so sei auch in § 120 BGB. nur die unrichtige Uebermittelung, was den Inhalt der Erklärung angehe, gemeint. Unter § 119 BGB. fällt aber durchaus nicht bloß der Irrtum über den Inhalt der Erklärung in diesem eng begrenzten Sinne, sondern auch der Irrtum über die Person des Erklärungsgegners, der error in persona. Demnach wird auch von § 120 BGB. die unrichtige Uebermittelung bezüglich der Person des Erklärungsempfängers erfaßt.[27] Zu den mit der Verwendung eines Boten verbundenen Gefahren, für die man nach § 120 BGB. einzustehen hat, gehört es eben gleichfalls, daß der Bote den Adressaten verwechselt, sei es aus Versehen oder absichtlich. Endlich entspricht diese Entscheidung dem Hauptzweck des § 120 BGB., dem Schutze des rechtsgeschäftlichen Verkehrs. Aus diesem Grunde wendet auch Planck[28] § 120 BGB. in der Regel im Falle der Uebermittelung der Erklärung an einen falschen Adessaten an. Er fügt jedoch hinzu, § 120 BGB. greife dann nicht ein, wenn schon aus der Erklärung selbst hervorgehe, daß sie nicht für den Empfänger bestimmt war. Alsdann bedürfe es keiner Anfechtung. Diese Ausnahme Plancks dürfte angesichts des § 122 Abs. II BGB. sich erübrigen, ja sogar falsch sein. Geht nämlich aus der Erklärung selbst hervor, daß sie nicht für den Empfänger bestimmt war, so soll nach § 122 Abs. II BGB. der Ersatz des negativen Interesses fortfallen, wenn wegen unrichtiger Uebermittelung angefochten wird, nicht aber, wie Planck meint, die vorläufige Wirksamkeit der Erklärung nach § 120 BGB. mit der Möglichkeit der Anfechtung. Es ist also nach dem Gesetze in die Hand des Erklärenden gegeben, ob

26) a.a.O.
27) So auch Fleck, Arch.Bürg.R. 15/397; Aßmann S. 110.
28) Kommentar Bd. I Anm. 3 zu § 120 S. 293.

er die an einen falschen Adressaten übermittelte Erklärung durch Anfechtung beseitigen will (ohne sich dadurch gemäß § 122 BGB. schadensersatzpflichtig zu machen) oder ob er erfüllen will.

III. Teil.

Die rechtlichen Folgen der unrichtigen Übermittelung.

a. Die Anfechtbarkeit der unrichtig übermittelten Erklärung nach § 120 BGB.

§ 120 BGB. bestimmt, daß eine unrichtig übermittelte Willenserklärung unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden kann wie nach § 119 BGB. eine irrtümlich abgegebene. Der Absender des Boten kann also anfechten, wenn anzunehmen ist, daß er selbst bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles die Erklärung in der von dem Boten übermittelten Gestalt nicht abgegeben haben würde. Die Anfechtung muß aber gemäß § 121 BGB. unverzüglich erfolgen und zwar nach § 143 BGB. durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. Diese Erklärung braucht nicht notwendig den Ausdruck „Anfechtung" zu enthalten. Es genügt, wenn in ihr deutlich der Wille des Erklärenden zum Ausdruck kommt, daß das in Frage stehende Rechtsgeschäft unwirksam sein solle.[1] Man kann auch die Anfechtung im Prozeß einredeweise gegenüber der Klage des anderen Vertragsteils auf Erfüllung geltend machen. Auch die einredeweise geltend gemachte Anfechtung muß allerdings unverzüglich geschehen. Die wirksame Anfechtung beseitigt die infolge des angefochtenen Rechtsgeschäfts eingetretenen Rechtsfolgen gemäß § 142 BGB. mit rückwirkender Kraft.

b) Der Schadensersatzanspruch des Erklärungsempfängers gegen den anfechtenden Absender aus § 122 BGB.

1. Seine rechtliche Natur.

Das wäre eine Härte gegenüber dem Erklärungsempfänger, der doch meist mit der Richtigkeit der übermittelten Erklärung und mit der Gültigkeit des angefochtenen Rechtsgeschäfts gerechnet und seine Dispositionen dementsprechend eingerichtet

1) Franke S. 47.

haben wird. Um hier einen Ausgleich zu schaffen, hat der Gesetzgeber in § 122 BGB. bestimmt, daß der Urheber einer unrichtig übermittelten Willenserklärung im Falle der Anfechtung dem Erklärungsempfänger den Schaden zu ersetzen hat, den dieser dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der angefochtenen Erklärung vertraut (negatives Interesse). Diese Verpflichtung aus § 122 BGB. beruht nach der herrschenden Meinung[2] weder auf culpa in contrahendo des Erklärenden, wie sie gemeinrechtlich aufgefaßt wurde, noch besitzt sie die Natur einer Deliktsobligation gemäß §§ 823 ff.; denn sie setzt keinerlei Verschulden des Erklärenden voraus. Sie entspringt vielmehr einer auf dem Gesetze allein beruhenden Gefährdungshaftung des Erklärenden, der seine Erklärung anficht. Von Tuhr ist beizustimmen, wenn er sagt, die Ersatzpflicht sei keine Folge des Irrtums oder der falschen Uebermittelung und setze daher kein Verschulden des Erklärenden voraus; sie sei vielmehr ein Korrelat der Anfechtung.[3] Das ergibt sich auch ohne weiteres daraus, daß der Schaden des Anfechtungsgegners nicht sowohl durch die unrichtige Uebermittelung als vielmehr durch die Anfechtung derselben entstanden ist. Ein Beispiel soll das zeigen:

> K schickt seinen Laufjungen zu Weinhändler V, 50 Flaschen Wein à 4 RM. zu bestellen. Der Laufjunge richtet aus, K wünsche 40 Flaschen à 5 RM. V läßt 40 Flaschen à 5 RM. sorgfältig verpacken und schickt sie durch einen Dienstmann dem K zu. K verweigert die Annahme, da er 40 Flaschen à 5 RM. nicht bestellt habe. Die 40 Flaschen à 5 RM. gehen mit der Anfechtungserklärung des K wieder an V zurück.

Dieser hat jetzt das Geld für die Verpackung und den Dienstmann umsonst ausgegeben. Hätte K die 40 Flaschen à 5 RM. behalten und die unrichtige Bestellung seines Laufjungen nicht angefochten, so wäre dem V dieser Schaden nicht erwachsen. Es wäre nämlich ein Kaufvertrag über 40 Flaschen à 5 RM. zwischen V und K endgültig zustandegekommen und V könnte den Kaufpreis für seinen Wein von K verlangen. Die Unkosten für Verpackung und Versendung desselben, die V bei Berechnung des Kaufpreises mitberücksichtigt hatte, würden dann

2) Vgl. Staudinger Anm. 1 zu § 122 BGB. Bd. I S. 497; RGRK. Anm. 1 zu § 122 BGB. Bd. I S. 172; Enneccerus Bd. I 1. Hälfte § 159 S. 431.
3) v. Tuhr 2. Bd. 1. Hälfte, 3. Buch § 67, 6. Abschn. S. 593/94.

nicht von V, sondern von K getragen werden. Man kann also wohl sagen, daß die Anfechtung gemäß §§ 119, 120 BGB. zu den Rechten gehört, deren Ausübung mit der Verpflichtung belastet ist, den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen, wie z. B. §§ 904, 258 BGB.[4]

2. Der Kausalzusammenhang.

aa) Die Vermögensdisposition des Geschädigten selbst stets erst Ursache des Vertrauensschadens.

Ficht also der Absender des Boten die unrichtig übermittelte Willenserklärung gemäß § 120 BGB. an, so hat er gemäß § 122 BGB. dem Erklärungsempfänger den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Willenserklärung vertraut. Ein von dem Erklärungsempfänger gemäß § 122 BGB. geltend gemachter Schaden müßte demnach im Kausalzusammenhang mit der unrichtig übermittelten Willenserklärung des Absenders des Boten stehen in dem Sinne, daß der Schaden nicht eingetreten wäre, wenn der Erklärungsempfänger nicht auf die Gültigkeit dieser Willenserklärung vertraut hätte. Gerade aber der Kausalzusammenhang[5] macht in dem im täglichen Leben nicht selten vorkommenden Falle, daß die unrichtige Bestellung von Waren durch Dienstboten vom Käufer angefochten wird, besondere Schwierigkeiten, wenn der Verkäufer, der eben im Begriffe war, zu leisten oder schon geleistet hat, nach § 122 BGB. Schadensersatz verlangt. Wer soll den Schaden tragen, wenn die Ware auf dem Transport oder bereits bei dem Käufer durch Zufall untergegangen ist? Man denke sich beispielsweise folgenden Fall:

> Der Landwirt L hat bei dem Pferdehändler H zwei Pferde, die dieser ihm zum Kaufe angeboten hat, einen Fuchs und einen Braunen, besichtigt und dann erklärt, er kaufe eines der Pferde, könne sich aber noch nicht entschließen, welches er holen wolle und werde deshalb am nächsten Morgen seinen Kutscher K schicken, der das gewählte Pferd abholen solle. Damit erklärt sich H einverstanden. Am nächsten Morgen teilt L dem K den Handel mit und gibt ihm den Auftrag, den Braunen zu holen. K hat nicht ordentlich zugehört. Als er zu H

4) v. Tuhr a.a.O.
5) Vgl. auch Franke S. 57.

kommt, weiß er nicht, welches Pferd er holen soll. Auf gut Glück sagt er, L wolle den Fuchs haben. H gibt ihm deshalb den Fuchs. K macht sich mit dem Fuchs auf den Heimweg. Unterwegs scheut das Pferd, fällt und verletzt sich dabei so, daß es getötet werden muß.

L ficht die unrichtige Bestellung seines Kutschers K an. Kann H gemäß § 122 BGB. Schadensersatz für den Verlust des Fuchses von L verlangen? Vorausgeschickt sei, daß im Falle des § 122 BGB. der Schaden niemals durch das schädigende Ereignis, hier die unrichtige Uebermittelung unmittelbar zur Entstehung gebracht wird, sondern immer erst durch die im Vertrauen auf die Gültigkeit der übermittelten Erklärung vorgenommene Handlung des Geschädigten selbst.[6]

bb) Die Ursache im Rechtssinne in Literatur und Praxis.

aaa) Die Träger'sche Formel.

Es ist darum zu prüfen, ob ein Kausalzusammenhang zwischen der im Vertrauen auf die Worte des K von H vorgenommenen Herausgabe des Fuchses an K und dem Untergange des Tieres besteht. Ueber den Begriff des Kausalzusammenhanges hat sich der Gesetzgeber jedoch weder hier noch sonst irgendwo ausgelassen; im § 122 BGB. heißt es nur, der Schaden ist zu ersetzen, den der Andere oder der Dritte „dadurch" erleidet, daß er auf die Gültigkeit einer Erklärung vertraut. Desgleichen spricht § 523 BGB. von dem „daraus" (nämlich aus der Verletzung der vorhergenannten Rechts- und Lebensgüter) entstehenden Schaden. Was aber ein „dadurch" oder „daraus" entstehender Schaden ist, das zu beantworten überläßt der Gesetzgeber der Wissenschaft und Praxis. Es besteht auch ein reiches Schrifttum über diese Frage. Hier soll nur das Wichtigste davon wiedergegeben werden: Der natürliche Ursachenbegriff, wonach Ursache gleich Bedingung ist, d. h. gleich jedem Geschehen, welches nicht weggedacht werden kann, ohne daß auch der schädigende Erfolg entfiele, hat sich im Rechtsleben, insbesondere im Privatrecht als unzureichend erwiesen. Diese Ansicht, die man als Bedingungstheorie bezeichnet, faßt den Begriff der Ursache zu weit und führt daher oft zu unannehmbaren Ergebnissen. Aus diesem Grunde ist man bemüht gewesen, einen einschränkenden, eigenen juristischen

6) So auch Franke S. 65.

Ursachenbegriff zu prägen. So ist denn von v. Kries[7] begründet, seit Rümelin[8] und Träger[9] unter besonderer Berücksichtigung des Bürgerlichen Rechts weiter entwickelt und durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts fortgebildet,[10] die Theorie vom adäquaten Kausalzusammenhang geschaffen worden. Danach sind adäquate Folgen jene, welche sich nicht als ganz unwahrscheinliche, ungewöhnliche, anormale, atypische darstellen.

„Adäquate Ursache ist nur diejenige Bedingung, mit welcher ein geringer, nur nicht ganz unerheblicher Grad der Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines derartigen Erfolges verknüpft ist. Adäquanz ist daher gleichbedeutend mit Begünstigung von Schadensfolgen, also mit leichter Gefährdung."[11]

„Eine sich als conditio sine qua non eines bestimmten Erfolges erweisende Handlung oder sonstige Begebenheit ist dann adäquate Bedingung des Erfolges, wenn sie generell begünstigender Umstand eines Erfolges von der Art des eingetretenen ist, d. h. wenn sie die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht."[12]

Diese Träger'sche Formel hat sich, von kleineren Abweichungen abgesehen,[13] in Wissenschaft und Praxis im allgemeinen durchgesetzt.

bbb) Weite Fassung auch des rechtlichen Ursachenbegriffs.

Wenn nun auch die Theorie vom adäquaten Kausalzusammenhang eine Einschränkung gegenüber dem zu weiten natürlichen Ursachenbegriff darstellen soll, so muß man sich doch auf der anderen Seite hüten, bei der Beurteilung des zur Annahme der Begünstigung erforderlichen Grades von Wahrscheinlichkeit zu engherzig zu sein. Darüber ist man sich in der Rechtslehre und Praxis einig, daß, um das erforderliche Möglichkeitsurteil hinsichtlich des Erfolges zu bilden, das gesamte menschliche Erfahrungswissen zugrunde zu legen ist. So wird

7) Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit.
8) Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht.
9) Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht.
10) RGRK. Vorbem. zu §§ 249 ff. Nr. 3 I. Bd. S. 394.
11) Mihurko, in Grünh. Zeitschr. 42/318.
12) Träger, Kausalbegriff § 24 S. 159.
13) Mihurko, Grünh. Zeitschr. 42/326.
14) Grünh. Zeitschr. 42/328.

z. B. adäquater Kausalzusammenhang von Mihurko[14] sogar im folgenden Falle angenommen:

„A versetzt dem B einen leichten Schlag auf den Kopf. B stirbt an den Folgen, weil er eine besonders dünne Hirnschale besitzt."

Der mit dem gesamten menschlichen Erfahrungswissen ausgestattete Betrachter wird sich sagen, daß es Menschen mit besonders dünner Hirnschale gibt und daß es immerhin nicht ganz unwahrscheinlich war, daß B ein solcher Mensch war und die Verletzung seinen Tod herbeiführen konnte.[15] Inadäquat ist eben nur eine Verkettung von Umständen, mit denen selbst der einsichtsreichste Mensch nicht rechnen konnte (also ein absolutes Novum). In demselben Sinne hat auch das Reichsgericht in dem Urteil vom 5. 2. 21 (VII 417/20) entschieden: Es handelt sich da um einen Brand in einem mit Soldaten belegten Gebäude. In den Kriegsjahren 1915/16 waren fast immer etwa 100 Soldaten in dem in Frage stehenden Gebäude einquartiert. Ferner sollen etwa 1000 Strohsäcke in dem Gebäude, besonders auch auf dem Boden verteilt gewesen sein. Im Januar 1916 brach ein Brand in dem Gebäude aus, der auf dem Boden entstand. Die Ursache des Brandes ließ sich nicht feststellen. Die Frage nach dem Kausalzusammenhang zwischen der militärischen Inanspruchnahme des Gebäudes durch Belegung mit Soldaten und dem Brande war Gegenstand der Revision. Das Berufungsgericht hat hier einen Kausalzusammenhang im Rechtssinne verneint, weil es nicht der Erfahrung entspräche, daß infolge von militärischer Belegung in einem Gebäude Feuer ausbräche, ein solcher Brand liege trotz der durch das Militär erhöhten Feuersgefahr nicht innerhalb des gewöhnlichen und regelmäßigen Verlaufs der Ereignisse. Mit Recht sagt demgegenüber das Reichsgericht, welches hier den adäquaten Zusammenhang bejaht, daß von dem Oberlandesgericht überspannte Ansprüche an den Kausalzusammenhang im Rechtssinne gestellt werden. Zugegeben wird, daß bei mittelbaren Folgen eines Ereignisses, hier der militärischen Maßnahme der rechtliche Zusammenhang nur dann anerkannt wird, wenn sie dem erfahrungsgemäßen, natürlichen Verlauf der Dinge entsprechen. Jedoch wird betont, daß natürlicher Verlauf nicht identisch mit regelmäßiger Verlauf oder

15) Aehnlich das Reichsgericht in DJZ. 1928 S. 1398.

subjektiver Voraussehbarkeit ist. Es genüge vielmehr die objektive Möglichkeit des Eintritts des Erfolges und die objektive Uebersehbarkeit der Gefahr. „Folgen, die, wenn auch nur selten und ausnahmsweise eintretend, als solche erkennbar sind, liegen nicht jenseits aller Erfahrung, und Berechnung, sondern innerhalb derselben". Maßgebend war also dem Reichsgericht für seine Entscheidung, daß die dauernde Masseneinquartierung von Soldaten erfahrungsgemäß die Feuersgefahr in erhöhtem Maße zur Folge hat, was ja auch der Berufungsrichter anerkannt hat.[16]

cc) Der adäquate Kausalzusammenhang im Falle des Untergangs der vom Verkäufer auf Grund der unrichtig übermittelten Bestellung zum Zwecke der Leistung herausgegebenen Ware.

aaa) Die durch die Herausgabe erhöhte Gefahr des Untergangs der Ware.

Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen über den adäquaten Kausalzusammenhang dürften wohl kaum Bedenken bestehen zwischen der im Vertrauen auf die Worte des K erfolgten Uebergabe des Fuchses an K und dem Untergang des Tieres ursächlichen Zusammenhang im Rechtssinne anzunehmen. Daß die Uebergabe Ursache des Untergangs im Sinne der Bedingungstheorie ist, bedarf keiner Erörterung. Wird jedoch durch die Herausgabe des Fuchses an K die objektive Möglichkeit des Scheuens und Stürzens des Tieres generell in nicht unerheblicher Weise erhöht? Das will auf den ersten Blick fraglich erscheinen. Man bedenke aber folgendes: Wenn H den Fuchs dem K übergibt, so tut er das doch, damit K sich mit dem Tiere auf den Heimweg mache und es L abliefere. Wenn man so die Uebergabe des Fuchses unter dem Gesichtspunkt betrachtet, daß H das Tier aus dem ruhigen, sicheren Stalle dem K herausgibt, damit dieser sich mit dem Fuchs auf den Heimweg, also auf die Straße draußen mit ihrem Lärm und Verkehr begeben soll, wird man zugeben müssen, daß mit der Herausgabe des Fuchses an K die Gefahr in erhöhtem Maße verbunden ist, daß das Tier scheut und so unglücklich stürzt, daß es unbrauchbar wird. Freilich liegt es nicht im regelmäßigen Verlauf der Dinge, daß ein Pferd, wenn es aus dem Stall auf

16) Vgl. die Darstellung in JW. 1921 S. 1601 und Warn.Rspr. 1921 Nr. 69.

die Straße kommt, scheut und gleich so unglücklich fällt, daß es getötet werden muß, Für die Annahme des adäquaten Kausalzusammenhangs genügt es ja aber doch schon, daß man immerhin damit rechnen kann, daß ein Pferd, wenn es auf die Straße kommt, scheut und unglücklich fällt. Ein derartiger Verlauf ist bei Pferden kein ganz anormaler, atypischer, unwahrscheinlicher, sondern sogar ein ziemlich natürlicher, d. h. ihrer Natur als Pferd entsprechender.

bbb) Der zufällige Untergang der Ware.

Gegen diese Ausführungen ist man leicht geneigt einzuwenden, daß trotz alledem der Fuchs doch eben durch Zufall untergegangen sei und nicht infolge der Handlungsweise des K und des H. Das wäre aber eine Verkennung des Wesens der Kausalität. Zufall bedeutet im Bürgerlichen Gesetzbuche nach der herrschenden Ansicht den Gegensatz von Verschulden. Zufällig sind alle Schadensfolgen, auf welche sich das Verschulden nicht erstreckt. Das subjektive Moment des Verschuldens hat aber bei Feststellung der Kausalität völlig auszuscheiden. Bei § 122 BGB., der überhaupt vom Verschulden absieht, kann die Frage des Zufalls somit gar keine Rolle spielen. Es wird eben auch für zufällige Folgen gehaftet, sofern sie nur adäquat sind.

ccc) Die Möglichkeit des Untergangs der Ware auch ohne die Herausgabe.

Schließlich kann der Annahme eines adäquaten Kausalzusammenhangs hier ebenfalls nicht entgegengehalten werden, daß der Fuchs doch ebensogut, wenn ihn H nicht dem K herausgegeben hätte, scheu werden und so unglücklich fallen konnt, daß er getötet werden mußte. Der Untergang des Tieres könne deshalb nicht mit der Uebergabe desselben an K in ursächlichem Zusammenhang gebracht werden. Für den Ausschluß des Kauusalzusammenhanges ist nicht genügend die bloße Möglichkeit, daß der Schaden auch ohne das als Ursache angesprochene Ereignis entstanden sein würde.[17] Dafür müßte vielmehr festgestellt werden, daß der Fuchs auch untergegangen sein würde, wenn ihn H nicht dem K herausgegeben hätte. Für eine derartige Feststellung gibt aber der Tatbestand keinen Anhalt. Fest steht nur, daß H tatsächlich dem K den

17) RGZ. v. 25. 1. 06 VI 168/05.

Fuchs herausgegeben hat. Damit setzte er das Tier den nicht zu unterschätzenden Gefahren des Straßenverkehrs aus; hätte er das Pferd bei sich im Stall gelassen, so war eine derartige schadensstiftende Verkettung von Umständen, wie sie eingetreten ist, zwar der Natur des Pferdes entsprechend auch nicht ganz unwahrscheinlich, jedoch bedeutend unwahrscheinlicher als in dem tatsächlich eingetretenen Falle, daß der Fuchs hinaus auf die Straße kam; und da zur Annahme des adäquaten Kausalzusammenhangs schon eine „nicht ganz unerhebliche" Begünstigung der Schadensfolgen, „leichte" Gefährdung durch das als Ursache angesprochene Ereignis genügt, kann man erst recht die Herausgabe des Fuchses durch H an K als adäquate Ursache des Untergangs des Tieres bezeichnen.

3. Die Haftung des anfechtenden Käufers auch für den zufälligen Untergang der bereits geleisteten oder zum Zwecke der Leistung abgesandten Kaufsache.

Also ist der Untergang des Fuchses ein Schaden, den H dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der unrichtig übermittelten Wahlerklärung des L vertrauend, dem K den Fuchs herausgibt, Folglich kann H von dem anfechtenden L gemäß § 122 BGB. Schadensersatz für den zugrunde gegangenen Fuchs verlangen, Ja, man kann dieses Ergebnis sogar derart verallgemeinern, daß man sagt:

> Ficht der Käufer seine durch seinen Boten unrichtig übermittelte Bestellung an, so haftet er auch für den zufälligen Untergang der vom Verkäufer auf Grund dieser Bestellung an ihn bereits geleisteten oder zum Zwecke der Leistung abgesandten Sache, bis diese wieder wohlbehalten in den Besitz und Gewahrsam des Verkäufers gelangt ist.[18]

Ungefähr derselbe Satz findet sich, leider aber ohne nähere Ausführungen und Begründung, bei v. Tuhr[19] und Staudinger.[20]

Er läßt sich übrigens auch ohne Eingehen auf den Kausalzusammenhang nur mit dem Zwecke des § 122 verteidigen. § 122 BGB. schafft zugunsten des Erklärungsempfängers einen

18) Aehnlich Franke S. 67, der allerdings unter Verneinung des adäquaten Zusammenhangs auf einem anderen, umständlicheren Wege zu diesem „unserem Rechtsempfinden entsprechenden" Ergebnis gelangt.
19) II. Bd. 1. Hälfte, 3. Buch § 67, 6. Abschn. S. 596.
20) Komm. Anm. 6 zu § 122 BGB., Bd. I S. 498.

Ausgleich dafür, daß das Gesetz die Anfechtung in weitgehender Weise und selbst bei Verschulden des Erklärenden gestattet. § 122 BGB. soll die Unbilligkeiten beseitigen, die durch die einseitige Berücksichtigung der Interessen des Erklärenden in §§ 119, 120 BGB. entstehen. Ficht nun L an, so wird die unrichtig übermittelte Wahlerklärung nichtig, der Fuchs gilt nicht mehr gemäß § 263 BGB. als von Anfang an allein geschuldet, die Uebergabe des Fuchses an K kann nicht mehr als Leistung des H gemäß § 433 BGB. angesehen werden und hat auch infolgedessen nicht mehr den Gefahrübergang gemäß § 446 BGB. zur Folge. Die Gefahr des zufälligen Unterganges des Fuchses gilt also infolge der Anfechtung als von Anfang an bei H geblieben. Das ist eine offensichtliche Unbilligkeit gegenüber H, der ja nur den Fuchs dem K übergeben hat, weil er glaubte, damit seiner Leistungspflicht zu genügen und das Risiko für das Tier los zu werden. Es ist darum durchaus haltbar, wenn man auf Grund des § 122 BGB. derart einen Ausgleich zu schaffen sucht, daß man den anfechtenden Käufer (L)- mit der Haftung auch für den zufälligen Untergang der bereits gelieferten Sache (des an K übergebenen Fuchses) belastet.

c) Deliktische Schadensersatzansprüche des Erklärungsempfängers gegen den Absender des Boten, insbesondere aus § 831 BGB.

Eine bisher noch recht wenig erörterte Frage ist die, ob und wann bei unrichtiger Uebermittelung der Auftraggeber des Boten auch nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen, insbesondere § 831 BGB. haftet. Der Wortlaut dieses Paragraphen mag auf den ersten Blick leicht zu der Annahme verführen, § 122 BGB. schließe als lex specialis die allgemeine Regel des § 831 BGB. aus. Wenn ich jemanden beauftrage, meinen Geschäftswillen einem Dritten zu übermitteln, so bestelle ich ihn doch auch zu einer Verrichtung. Demnach habe ich gemäß § 831 BGB. für den Schaden aufzukommen, den er in Ausführung dieser Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Nach § 122 BGB. habe ich den Schaden zu ersetzen, den er durch seine unrichtige Uebermittelung angerichtet hat. Das heißt aber ebenfalls nur, ich habe für ihn einzustehen, solange er sich in Ausführung der Verrichtung befindet, zu der ich ihn bestellt habe; denn solange er noch un-

richtig übermittelt, befindet er sich auch noch in Ausführung dieser Verrichtung. Diese oder ähnliche Erwägungen mögen wohl auch Franke dazu geführt haben, bei unrichtiger Uebermittelung eine Haftung des Auftraggebers des Boten aus § 831 BGB. auf den vollen Schaden grundsätzlich abzulehnen. In diesem besonderen Falle dürfe nur § 122 BGB. zur Anwendung kommen, der durch seine Begrenzung des zu ersetzenden Schadens zeige, daß hier der Gesetzgeber doch nicht ganz einseitig das Interesse des Geschädigten im Auge habe.[21] Eine derartige Betrachtungsweise des § 122 BGB. als eines Spezialfalles des § 831 BGB. wird sich aber bei genauerer Prüfung der beiden Gesetzesbestimmungen, insbesondere des § 831 BGB. bald als unrichtig erweisen müssen.[22] Nach § 831 BGB. ist derjenige, der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung dieser Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Der Verrichtungsgehilfe muß also eine unerlaubte Handlung nach den §§ 823 ff. BGB. in Ausführung der Verrichtung begehen; dann wird diese unerlaubte Handlung seinem Herrn zugerechnet. Anders der Bote nach §§ 120, 122 BGB. Er braucht nur die ihm aufgetragene Botschaft unrichtig zu übermitteln, dann schon muß für den daraus entstehenden Schaden sein Herr einstehen, wenn auch nur in den Grenzen des positiven Vertragsinteresses. Liegt in der unrichtigen Uebermittelung des Boten gleichzeitig eine unerlaubte Handlung, so ist nicht einzusehen, warum man dann nicht seinen Auftraggeber aus § 831 BGB. soll auf den vollen Schaden in Anspruch nehmen dürfen, zumal diesem demgegenüber die Möglichkeit des Entlastungsbeweises gegeben ist, daß ihn keine culpa in eligendo etc. treffe.[23]

Schwierig ist nur die Frage, wann die unrichtige Uebermittelung gleichzeitig eine unerlaubte Handlung ist. Durch die unrichtige Uebermittelung (und ihre Anfechtung) wird immer nur das Vermögen des Dritten als solches verletzt, dagegen keines der im § 823 Abs. I aufgezählten Rechts- und Lebens-

21) Franke S. 68.
22) Oertmann, Allg. Teil Anm. A 6 der Vorbemerkungen vor § 194 S. 702 sagt: „Auf alle Fälle kann Gesetzes — statt Anspruchskonkurrenz nur da angenommen werden, wo der Entstehungstatbestand beider Ansprüche durchaus, d. h. im Sinne der sämtlichen zu ihrer Entstehung notwendigen Tatsachen derselbe ist, und das wird, wenn man genau zusieht, in der Regel nicht zutreffen."
23) So auch Goldmann-Lilienthal I S. 151 Fußnote 8.

güter. Heranzuziehen wären also bloß die beiden §§ 823 Abs. II und 826 BGB., welche ganz allgemein von der Schadenszufügung durch Verletzung des Vermögens handeln. Der Bote müßte also mit seiner unrichtigen Uebermittelung gegen ein den Schutz des Dritten bezweckendes Gesetz verstoßen oder dem Dritten in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügen. Als Schutzgesetz nach § 823 Abs. II BGB. käme allein § 263 StGB., Betrug, in Frage. Demnach haben schon von vornherein alle die Fälle für die Anwendung des § 831 BGB. auszuscheiden, in denen der Bote unbewußt unrichtig übermittelt; denn eine jede Vermögensverletzung schlechthin erfüllt eben nicht den Tatbestand einer unerlaubten Handlung. Aber auch noch nicht sämtliche Tatbestände der bewußt unrichtigen Uebermittelung sind Delikte. Nimmt man in dem oben (S. 19, 20) angeführten Beispiel mit dem Pferdekauf an, der Kutscher weiß wohl, daß er den Braunen holen soll, als er zu H kommt, aber, da ihm der Fuchs besser gefällt, erklärt er dem H, L wolle den Fuchs, so liegt in dieser Handlungsweise des Boten (K) noch keine unerlaubte Handlung, K macht sich ja doch mit dem Fuchs auf den Heimweg, um ihn seinem Herrn L zu bringen. Von irgendwelchen betrügerischen Absichten oder einem wider die guten Sitten verstoßenden Verhalten des K gegenüber H kann also noch nicht die Rede sein. L haftet dem H nicht gemäß § 831 BGB. auf den vollen Schaden. Der Auftraggeber kann nur dann gemäß § 831 BGB. auf den vollen Schaden in Anspruch genommen werden, wenn sich die unrichtige Uebermittelung des Boten als Betrug gemäß § 263 StGB. gegenüber dem Dritten darstellt, oder wenn der Bote in sonst irgendwelcher wider die guten Sitten verstoßenden Weise damit bezweckt, dem Dritten Schaden zuzufügen. Wenn der Auftraggeber einen notorischen Betrüger oder sonstwie als unzuverlässig bekannten Menschen zu seinem Boten ausgewählt hat, so ist es recht und billig, daß er für den durch diesen angerichteten Schaden voll einstehen muß.

Schließlich könnte noch für eine erhöhte Ersatzpflicht § 826 BGB. in Betracht kommen, wenn beispielsweise der Auftraggeber bei der Auftragserteilung an den Boten absichtlich undeutlich spricht, um so selbst zum Schaden des Dritten ein Mißverständnis des Boten hervorzurufen.

d) Die Haftung des Boten.

Die §§ 120, 122, die nur von der Haftung des Absenders des Boten bei unrichtiger Uebermittelung handeln, lassen eine Haftung des Boten selbst gegenüber dem Erklärungsempfänger unberührt. Eine solche ist denkbar nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen. Wann das Verhalten des unrichtig übermittelnden Boten gegenüber dem Erklärungsempfänger als Delikt bezeichnet werden kann, ist im Vorhergehenden schon eingehend besprochen worden. Es sei nur kurz wiederholt, daß für eine Haftung des Boten gegenüber dem Dritten allein die beiden §§ 823 Abs. II und 826 BGB. in Frage kommen.

So können bei unrichtiger Uebermittelung dem Dritten sowohl gegen den Boten aus § 826 (823 II), als auch gegen den Auftraggeber des Boten aus § 122 BGB. und, wenn der Auftraggeber nicht beweisen kann, daß er bei der Auswahl des Boten genügend sorgfältig vorgegangen ist, aus § 831 BGB. Schadensersatzansprüche zur Verfügung stehen. Franke vertritt nun den Standpunkt, daß der Dritte sich zunächst immer an den Auftraggeber des Boten zu halten habe. Soweit aber der Ersatz des in seinem Höchstbetrage auf das Erfüllungsinteresse beschränkten negativen Interesses seinen gesamten Schaden nicht decke, könne er den Boten selbständig haftbar machen.[24] Ueber diese Ansicht zu streiten, lohnt sich wohl kaum, so selten dürfte es vorkommen, daß sich jemand, wenn er den viel aussichtsreicheren Anspruch gegen den Herrn hat, trotzdem zuerst gegen den Boten wendet, bei dem doch von vornherein infolge seiner untergeordneten Stellung und seines geringen Einkommens nicht viel zu erwarten sein wird.

Dem Auftraggeber haftet der unrichtig übermittelnde Bote natürlich aus dem zwischen beiden bestehenden Vertragsverhältnis, Auftrag, Dienstvertrag etc.

IV. Teil.

Der Bote ohne Auftrag.

a) Botenauftrag und Vertreterbevollmächtigung.

Es ist eigentlich widersinnig, von einem Boten ohne Auftrag zu sprechen, denn der Botenauftrag ist dem Boten wesenseigen. Ich mache den Anderen erst dadurch zum Boten, daß

24) Franke S. 71.

ich ihn mit einer Nachricht zu einem Dritten schicke. Geht aber der Andere, ohne von mir beauftragt zu sein, zu dem Dritten hin und richtet dort irgend etwas als meinen Willen aus, so ist er nicht Bote, sondern er gibt sich nur den Anschein eines solchen, man könnte ihn als falsus nuntius bezeichnen. Hierin zeigt sich wieder einmal der Unterschied vom Vertreter. Der falsus procurator ist Vertreter trotz des Fehlens der Vertretungsmacht, denn § 177 BGB. spricht ausdrücklich von einem Vertretenen, obwohl hier eine Vertretungsmacht nicht besteht.[25] Der falsus nuntius aber ist nicht Bote. (Denn er ist nicht „zur Uebermittelung verwendet"). Die Bevollmächtigung eines Vertreters und die Beauftragung eines Boten mit einer Botschaft sind also zwei vollkommen wesensverschiedene Akte und überhaupt nicht miteinander zu vergleichen. Ich halte es daher für verfehlt, in Anlehnung an die Bevollmächtigung des Vertreters von einer „Botenermächtigung" zu sprechen.[26] Trotzdem ist man sogar soweit gegangen zu behaupten, wie der Vertreter einer Vollmacht, so bedürfe der Bote einer Botenermächtigung, deren Erteilung sich unter entsprechender Anwendung der Vollmachtsregeln bestimme.[27] Schon rein sprachlich ist es eine Unmöglichkeit, beim Boten von einer Ermächtigung zu reden. Die Hausfrau, die ihr Mädchen zum nächsten Krämer geschickt hat, 1 Pfund Salz für 5 Pfg. zu holen, wird garnicht auf den Gedanken kommen zu sagen, sie habe das Mädchen ermächtigt, Salz zu kaufen. Noch viel weniger läßt sich rechtlich in der Beauftragung des Boten mit der Ueberbringung der Botschaft eine Ermächtigung erblicken.

> „Das Bürgerliche Gesetzbuch verwendet den Ausdruck Ermächtigung in dem Sinne, daß jemand befugt wird, an sich ihm nicht zustehende Handlungen in eigenen Namen vorzunehmen.[28]

Man kann wohl als Nachlaßverwalter ermächtigt sein, über Nachlaßgegenstände zu verfügen, als Kommissionär, das Eigentum des Kommittenten zu übertragen, als Minderjähriger, selbständig ein Erwerbsgeschäft zu betreiben, nicht aber als

---

25) Hepner S. 20.
26) Dieser Ausdruck stammt von Hepner S. 22/23.
27) So Oertmann, Allg. Teil, Vorbem. 7 c vor § 164 S. 601 und die dort Aufgeführten.
28) Krückmann, Ermächtigung und Rechtsbesitz. In: Festgabe für das Reichsgericht. Bd. III, S. 79.

Bote, einen fremden Geschäftswillen einem Dritten zu übermitteln. Auch der Wortlaut des § 120 bietet keinerlei Anhalt für die Konstruktion einer besonderen Botenermächtigung. Das Gesetz spricht vom Boten als von der zur Uebermittelung einer Willenserklärung „verwendeten" Person, es betrachtet ihn also nur als vom Erklärenden benutztes Werkzeug und nicht als Träger einer besonderen Rechtsmacht. Diese Beauftragung des Boten mit der Uebermittelung eines Geschäftswillens an einen Dritten ist ein Stück im Tatbestande der Willenserklärung unter Abwesenden und zwar das Verbindungsstück, das die Worte des Boten mit der Person des Auftraggebers verbindet.[29] Fehlt es an diesem Verbindungsstück, so ist keine Willenserklärung desjenigen gegeben, dessen Bote zu sein jemand vorgibt. Die Bevollmächtigung des Vertreters dagegen hat mit dessen Willenserklärung nichts zu tun, sie ist ein davon zu trennendes, vollkommen selbständiges Rechtsgeschäft. Fehlt es an ihr, so hat das auf den Bestand der Willenserklärung des Vertreters keinen Einfluß. Es ist dann lediglich deren Wirkung in der Person des Vertretenen in Frage gestellt. Bei dieser Verschiedenheit der beiden Fälle halte ich es für verfehlt, auf den falsus muntius die Vorschriften über den Vertreter ohne Vetretungsmacht, insbesondere §§ 177 und 179 direkt oder analog anzuwenden, wozu freilich der Ausdruck „Bote ohne Ermächtigung" geradezu anreizen muß.[30] Die Haftung des falsus nuntius, sei es, daß er gar keinen Auftrag erhalten hat, sei es, daß sich seine Erklärung mit dem ihm erteilten Auftrag nicht im mindesten mehr deckt, bestimmt sich lediglich nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen,[31] und zwar kommen hierfür, wie bereits oben gezeigt wurde, allein die beiden §§ 823 Abs. II und 826 in Betracht.

b. Verschiedene rechtliche Behandlung des falsus nuntius und falsus procurator.

Die Frage, ob man es mit einem falsus procurator oder einem falsus nuntius zu tun hat, ist demnach von erheblicher Tragweite: Während der redliche Vertreter ohne Ver-

29) Aehnlich Hepner S. 23.

30) Für die Anwendung der Vertretervorschriften auf den falsus nuntius sind Rosenberg S. S. 232; v. Tuhr II. Bd. 2. Hälfte § 84, II S. 341; Titze, Irrtum, im Hdw. d. Rechtswiss. Bd. III. S. 374; dagegen wendet sich besonders eingehend Hepner S. 42 und 57 ff.

31) So auch Heppner S. 78; Lehmann, Stellvertretung, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. V S. 699.

tretungsmacht, d. h. derjenige, welcher den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht gekannt hat, dem Dritten das negative Interesse zu ersetzen hat (§ 179 Abs. II BGB.), haftet der redliche Bote ohne Auftrag überhaupt nicht. Ferner: Kannte der Vertreter den Mangel seiner Vertretungsmacht, so haftet er dem Dritten nach dessen Wahl auf Erfüllung oder das positive Interesse (§ 179 Abs. I BGB.). Der Bote im gleichen Falle hat für das negative Interesse aufzukommen und auch das nur dann, wenn ihm eine Betrugsabsicht oder eine sonstwie vorsätzlich und sittenwidrig erfolgte Schädigung des Dritten nachzuweisen ist (§§ 823 Abs. II, 826, 249 BGB.).

c. Das Unterscheidungsmerkmal.

Woran aber kann man im Einzelfalle erkennen, ob Vertreter ohne Vertretungsmacht oder Bote ohne Auftrag? Hier hilft es nicht zu sagen, es komme darauf an, ob der Auftraggeber der Mittelsperson nach bis ins einzelne genau vorgeschriebenen Weisungen zu handeln aufgegeben oder ob er ihr einen gewissen Spielraum gelassen habe. Maßgebend für die Beantwortung unserer und der Frage, ob Stellvertreter oder Bote überhaupt ist vielmehr entsprechend dem das Recht der Stellvertretung beherrschenden Offenheitsprinzip die gesamte Art des äußeren Auftretens der Mittelsperson.[32] Stellvertreter ist, wer eine Erklärung als seine eigene wenn auch mit Wirkung für und gegen einen anderen abgibt. Es soll gemäß §§ 164 ff BGB. in den Worten des Stellvertreters offen sein Wille zutage treten, daß bestimmte Rechtswirkungen in der Person eines Dritten, des Vertretenen, eintreten. Bote ist, wer eine Erklärung als von einem hinter ihm stehenden Auftraggeber herrührend abgibt. Aus den Worten des Boten muß deutlich hervorgehen, daß er an Inhalt und Rechtsfolgen seiner Erklärung uninteressiert ist. Dabei kommt es selbstverständlich nicht auf den Wortlaut, sondern auf den Sinn der Erklärung und die begleitenden Umstände an.[33] v. Tuhr ist beizupflichten, wenn er betont, daß bisweilen in zweifelhaften Fällen die soziale Stellung der Mittelsperson und

---

32) So die Meisten: v. Tuhr, 2. Bd. 2. Hälfte § 84 II S. 340; Matthiesen JW. 1924 S. 659 ff.; RGRK. Bd. I Anm. 1 zu § 120 S. 170; Lehmann, Stellvertretung, im Hdw. d. R. Bd. 5 S. 699; Cohn S. 23 und die dort in Anm. 37 genannten Autoren.

33) Matthiesen a.a.O.

ihr dem Gegner bekanntes Verhältnis zu dem angeblichen Auftraggeber den Ausschlag geben wird.

„Wenn V als Dienstbote für seine Herrschaft im Laden Einkäufe macht, spricht mehr dafür, ihn als Boten zu betrachten, während es bei einer unabhängigen Lebensstellung des V näher liegt, ihn als Stellvertreter aufzufassen."[34]

C. Schluß.

Es ist in dieser Arbeit hauptsächlich der Versuch gemacht worden zu zeigen, wieweit die Worte des Boten nach dem Gesetze (§ 120 BGB.) für den Absender bindend sind und wieweit dieser für ihre Folgen einzustehen hat (§ 122 BGB.). Dabei ist festgestellt worden: Es ist für die Haftung des Absenders nach § 120 BGB. belanglos, ob der Bote bewußt oder unbewußt unrichtig übermittelt oder ob gar die Unrichtigkeit der Uebermittelung auf höherer Gewalt beruht. Der Absender haftet für seinen Boten, solange man bei diesem noch von unrichtiger Uebermittelung reden kann, d. h. solange nicht der Bote eine neue, von dem ihm erteilten Auftrage völlig verschiedene Erklärung abgibt. Der wegen unrichtiger Uebermittelung anfechtende Absender hat dem Erklärungsgegner nach § 122 BGB. den Vertrauensschaden zu ersetzen. Darunter fallen nicht nur im Vertrauen auf die Richtigkeit und Gültigkeit der Botenerklärung gemachte Aufwendungen. Ficht der Käufer seine durch seinen Boten unrichtig übermittelte Bestellung an, so haftet er auch für den zufälligen Untergang der vom Verkäufer auf Grund dieser Bestellung an ihn bereits geleisteten oder zum Zwecke der Leistung abgesandten Sache, bis diese wieder wohlbehalten in den Besitz und Gewahrsam des Verkäufers gelangt ist. Zum Schluß ist dann noch der Beweis geführt worden, daß infolge der Wesensverschiedenheit von Botenauftrag und Vertreterbevollmächtigung eine Anwendung der §§ 177 ff. BGB. auf den unrichtigerweise vielfach „Bote ohne Ermächtigung" genannten falsus nuntius unmöglich ist.

34) v. Tuhr a.a.O.

Lebenslauf.

Ich wurde am 10. März 1904 in Breslau geboren. Meine Eltern sind der Ober-Regierungs-Medizinalrat Dr. Conrad Kern, leitender Arzt beim Versorgungsamt Liegnitz und seine Ehefrau Elisabeth. Ich besuchte die Vorschule des König-Wilhelm-Gymnasiums in Breslau, in die ich Ostern 1910 eintrat. Ostern 1914 wurde mein Vater nach Krotoschin in der früheren Provinz Posen versetzt, wo ich in die Sexta des dortigen staatlichen Reform-Gymnasiums kam. Noch im selben Jahre erfolgte die Versetzung meines Vaters nach Neisse OS. An dem dortigen staatlichen humanistischen Gymnasium bestand ich am 11. 4. 1922 die Reifeprüfung. Bis Ostern 1926 war ich im Bankfach tätig. Darauf studierte ich an der Schlesischen Friedrich Wilhelms-Universität in Breslau Rechts- und Staatswissenschaften. Am 29. 11. 1929 bestand ich bei dem Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Prüfung und wurde darauf zum Referendar ernannt.

Das Examen rigorosum legte ich vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät in Breslau am 20. Dezember 1929 ab.